

UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
SUSAN LEMKE

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

BRASÍLIA – 2014

UNIVERSIDADE ANHANGUERA – UNIDERP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
SUSAN LEMKE

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como exigência parcial para a conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional na Universidade Anhanguera-Uniderp, sob a orientação do Professor Marcos Paulo Falcone Patullo.

BRASÍLIA - 2014

RESUMO

O presente trabalho visa tratar da responsabilidade do Estado no Direito Constitucional brasileiro.

Para cumprir com este objetivo, diferentes aspectos da responsabilidade estatal foram estudados, dentre os quais destacam-se o conceito, os fundamentos, a evolução histórica e o sistema jurídico brasileiro.

A metodologia adotada neste trabalho consistiu no método dedutivo e o procedimento utilizado foi o de leitura, análise e fichamento do material bibliográfico.

Palavras chave:

Direito Constitucional

Direito Civil

Responsabilidade civil

Responsabilidade do Estado

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the state liability on the Brazilian Constitutional Law.

To fulfill this goal, different aspects of state liability were analyzed, such as definition, principles, historical evolution and treatment under Brazilian 1988 Federal Constitution.

The deductive method was employed, with the analysis of bibliographical material.

Keywords

Constitutional Law

Civil Law

State Liability

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	7
1.1 Conceito de responsabilidade do Estado.....	8
1.2 O dano passível de indenização.....	9
1.3 Fundamentos da responsabilidade estatal.....	10
1.4 Excludentes da responsabilidade estatal.....	11
1.5 O Estado de Direito e a responsabilidade estatal.....	11
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.1 Teoria da irresponsabilidade.....	12
2.2 As teorias civilistas.....	12
2.3 Teorias publicistas.....	14
3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	16
3.1 Evolução histórica.....	16
3.2 A responsabilidade do Estado na Constituição Federal de 1988.....	17
3.3 Responsabilidade por atos legislativos.....	19
3.4 Responsabilidade do Estado por atos judiciais.....	21
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	24
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	26

INTRODUÇÃO

O direito moderno reconhece a existência de pessoas jurídicas, as quais consistem em entes gerados pela vontade humana, por exigência de suas necessidades, e que operam no universo jurídico adquirindo direitos e obrigações. Possuem personalidade independente da de seus instituidores ou organizadores.

No que tange à origem, objetivo, necessidade ou funcionamento, as pessoas jurídicas podem ser divididas em pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse contexto, o Estado aparece como paradigma da primeira espécie, fixando-se como pessoa jurídica necessária, a qual exerce dupla atividade: a jurídica e a social. Através da atividade jurídica, o Estado garante a ordem interna e defende seu território contra inimigo externo, enquanto que, através da atividade social, procura promover o bem comum.

No desenvolvimento de suas atividades e na persecução de seus objetivos, o Estado desdobra-se em uma série de organismos e órgãos, estruturando-se conforme uma complexa aparelhagem. Não obstante esse fato, não prescinde do elemento humano para executar suas funções, pelo contrário, necessita de agentes aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal forma que os atos por esses praticados representam atos da própria entidade estatal.

Na execução das atividades estatais, os agentes públicos podem eventualmente provocar danos aos administrados ou a outras entidades públicas. E é nesse contexto que emerge o problema da responsabilidade do Estado.

Hodiernamente, é pacífico o entendimento de que o dever de reparação por parte do Poder Público, como sujeito jurídico que é, constitui exigência do Estado de Direito. No entanto, existem determinadas questões relacionadas com a responsabilidade estatal que continuam sendo objeto de discussão.

Nesse contexto, delineia-se o objetivo do presente trabalho: analisar a responsabilidade do Estado no Direito Constitucional brasileiro.

Espera-se, com este texto, contribuir para as amplas discussões no âmbito jurídico acerca do tema, bem como para a consolidação do entendimento de que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos que ocasionar em decorrência de suas atividades.

Para tanto, serão analisados o conceito de responsabilidade do Estado, os seus fundamentos, o histórico, as características do dano passível de indenização por parte dos entes estatais, bem como a forma como o sistema jurídico brasileiro trata a questão.

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O direito moderno reconhece a existência de pessoas jurídicas, as quais, segundo entendimento de Yussef Said Cahali (2012, p. 12), são “entes criados naturalmente pela vontade do homem, por imperativo de suas necessidades, e que operam no mundo jurídico adquirindo direitos, exercendo-os e contraindo obrigações, dotados de personalidade distinta da de seus próprios organizadores ou instituidores”.

No que diz respeito à origem, objetivo, necessidade ou funcionamento, as pessoas jurídicas dividem-se em pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado.

Nesse contexto, o Estado surge como paradigma da primeira espécie, fixando-se como pessoa jurídica necessária, a qual exerce dupla atividade: a jurídica e a social. Por meio da atividade jurídica, o Estado assegura a ordem interna e defende seu território contra inimigo externo, enquanto que, através da atividade social, busca promover o bem comum.

No desenvolvimento de suas atividades e na persecução de seus fins, o Estado desdobra-se em uma série de organismos e órgãos, estruturando-se conforme uma complexa aparelhagem. Não obstante esse fato, não prescinde do elemento humano para executar suas funções, pelo contrário, necessita de agentes aos quais delega atribuições ou poderes para agir, de tal forma que os atos por esses praticados representam atos da própria entidade estatal.

De acordo com o que preceitua Hely Lopes Meirelles (2013, p. 730), o termo agente deve ser entendido em seu sentido genérico, abarcando todas as pessoas incumbidas do desenvolvimento de algum serviço público, quer em caráter permanente, quer em caráter transitório.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1025), por sua vez, entende por agentes públicos todas as pessoas que – “em qualquer nível de escalão – tomam decisões ou realizam atividade de alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio”. Nessa qualidade estão abrangidas desde as mais altas autoridades até os mais simples trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.

Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhe são próprias através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários. (CAHALI, 2012, p. 13).

Na execução das atividades estatais, os agentes públicos podem eventualmente provocar danos aos administrados ou a outras entidades públicas. E é nesse contexto que surge o problema da responsabilidade do Estado.

É importante ressaltar que a responsabilidade estatal não se confunde com a responsabilidade do agente público, apesar de, em muitos casos, decorrer de ato ou omissão deste, como bem coloca José Cretella Júnior (2000, p. 605). O agente pode ser responsabilizado penal, civil e disciplinarmente. Ao Estado, por outro lado e enquanto pessoa jurídica que é, cabe apenas a responsabilidade civil. Por conta disso, “a rigor, a denominação ‘Responsabilidade civil do Estado’ é criticável, sendo mais preciso o nome ‘Responsabilidade do Estado’, porque a Administração jamais pode ser objeto de outro tipo de responsabilidade jurídica”.

1.1 Conceito de responsabilidade do Estado

Yussef Said Cahali (2012, p. 11) conceitua responsabilidade civil do Estado como “a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir danos causados a terceiros por suas atividades”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1009), por sua vez, fala em responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, definindo-a como a “obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera judicialmente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.

Já Hely Lopes Meirelles (2013, p. 724) refere-se à responsabilidade civil da Administração, a qual consiste, segundo seu entendimento, naquela “que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. É distinta da responsabilidade contratual e da legal”.

É importante frisar que Hely Lopes Meirelles faz uma diferenciação entre responsabilidade civil do Estado e responsabilidade civil da Administração Pública, afirmando ser mais adequado utilizar a segunda expressão, uma vez que, em geral, é a atividade administrativa dos órgãos públicos que gera o dever de indenizar, e não os atos de governo.

No entanto, tal visão não é partilhada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 703), segundo a qual

trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do **Estado**, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representem no exercício de parcela de atribuições estatais.

Ou seja, mesmo que em geral a responsabilidade estatal advenha de atos praticados pela Administração Pública, atualmente tem-se reconhecido a responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos, como será visto mais para frente.

Di Pietro (2013, p. 704) define a responsabilidade estatal como a “obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

1.2 O dano passível de indenização

De acordo com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1036), não é qualquer dano decorrente de condutas comissivas ou omissivas do Estado que dá margem à indenização.

Para que surja a obrigação pública de indenizar, é necessário que o dano apresente duas características principais. Primeiramente, ele deve corresponder a uma lesão a direito da vítima, ou seja, não é suficiente que o dano cause lesão econômica, é preciso que cause lesão jurídica. Por lesão econômica deve entender-se “qualquer prejuízo sofrido por alguém, inclusive por ato de terceiro, consistente em uma perda patrimonial que elide total ou parcialmente algo que se tem ou que se terá”. Lesão jurídica, por outro lado, “atinge bem a que se faz jus [...]. Incide sobre algo que a ordem jurídica considera como pertinente ao lesado” (MELLO, 2013, p. 1037).

Em segundo lugar, é preciso que o dano seja certo, não apenas eventual, possível. “Tanto poderá ser atual como futuro, desde que seja certo, real” (MELLO, 2013, p. 1038). Engloba o dano emergente e os lucros cessantes.

Estas duas características são as indispensáveis, em qualquer situação, para fazer nascer a responsabilidade do Estado. E são suficientes para ensejar a responsabilidade estatal em casos de condutas ilícitas. Por outro lado, quando se está diante de condutas lícitas, é necessário, além desses, outros fatores para que se configure um dano passível de reparação, quais sejam: a anormalidade e a especialidade.

Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 183) afirma: “quando em pauta a responsabilidade estatal por comportamentos lícitos, mister que o dano sofrido seja *anormal* [...] e *especial*”.

Nesse mesmo sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1039): “a configuração do dano reparável na hipótese de *comportamentos estatais lícitos* requer que, ademais da certeza do dano e da lesão a um direito, cumulem-se duas outras características: *especialidade* e *anormalidade*”. Para o autor,

dano especial é aquele que onera a situação do particular ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. [...] Dano anormal é o que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social.

1.3 Fundamentos da responsabilidade estatal

Segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1023), o fundamento da responsabilidade do Estado se biparte. Nos casos de condutas ilícitas, a obrigação de reparar o dano tem por base o princípio da legalidade. Nesse sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho (1974, p. 47): é “o próprio princípio da legalidade que impele o Estado a garantir a regularidade da actuação administrativa”.

Tal princípio encontra-se estampado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e significa, conforme visão de Hely Lopes Meirelles (2013, p. 90),

que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Ou seja, tendo em vista que o Estado está subordinado ao Direito, ao ordenamento jurídico, tem a obrigação de reparar os danos que ocasionar de maneira ilícita.

No entanto, nas situações em que o comportamento ilícito é comissivo, o dever de reparar é também imposto pelo princípio da igualdade.

Por outro lado, nos caso de condutas lícitas, o fundamento da responsabilidade estatal é assegurar uma equânime repartição dos encargos advindos de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem danos resultantes de atividades realizadas no interesse da coletividade. Assim sendo, sua base é o princípio da igualdade.

1.4 Excludentes da responsabilidade estatal

As excludentes da responsabilidade do Estado, segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1040-1042), são as mesmas aplicáveis à responsabilidade civil geral. Assim sendo, nas hipóteses de responsabilidade objetiva, as quais serão analisadas mais adiante, o Estado só se isenta do dever de indenizar caso não exista nexo de causalidade entre a sua conduta e o evento danoso. Isto é: “exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano” (MELLO, 2013, p. 1040).

Por outro lado, nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, as excludentes de responsabilidade estatal estão ligadas tanto à ausência de nexo de causalidade, quanto à inexistência de culpa ou dolo.

1.5 O Estado de Direito e a responsabilidade estatal

O dever de reparação que, da mesma maneira que sobre qualquer outro sujeito jurídico, recai sobre o Estado, constitui exigência da sujeição indiscriminada dos poderes públicos ao império do Direito. Tal é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1015):

parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independer de regra expressa para firmar-se [...]. Segundo entendemos, a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

Da mesma visão partilha Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 180), segundo o qual “[a responsabilidade estatal] trata-se de exigência do Estado de Direito; seria contraditório o Poder Público submeter-se ao Direito e, ao mesmo tempo, ficar imune ao dever de indenizar toda vez que seus comportamentos atinjam a esfera jurídica dos particulares”.

Dessa forma, atualmente é pacífico e geral o reconhecimento da responsabilidade do Estado, sendo que nenhum autor a contesta. No entanto, para compreendê-la na sua conformação contemporânea, é necessário analisar a sua evolução histórica.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Teoria da irresponsabilidade

Na origem do Direito Público, à época dos Estados absolutos, reinava a teoria da irresponsabilidade do Estado. Essa teoria fundava-se em três pontos principais, segundo afirma Cahali (2012, p. 18):

1) na soberania do Estado, que, por sua natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o Direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, e como corolário, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados não em representação do ente público, mas *nomine próprio*.

Dessa forma, dentro da concepção política do Estado absoluto, não se podia cogitar a ideia de ressarcimento pelos danos causados pelos entes públicos, uma vez que não era admitida a constituição de direitos contra o Estado soberano, o qual gozava de total imunidade. Enquanto órgão criador e incumbido da tutela do Direito, o Estado não tinha como atentar contra a ordem jurídica, ou seja, sendo ele o próprio Direito, nunca praticaria injustiças.

Em vista disso, nesse período histórico, a questão da responsabilidade estatal era inexistente, sendo que os administrados dispunham apenas de ação ressarcitória contra o agente causador do dano, ainda assim, apenas no caso em que o ato lesivo pudesse ser relacionado com um comportamento pessoal de tal agente.

No entanto, a teoria da irresponsabilidade estatal não resistiu por muito tempo, sendo desde logo combatida, “por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações” (DI PIETRO, 2013, p. 705).

2.2 As teorias civilistas

A teoria da irresponsabilidade estatal restou superada no século XIX, quando

princípios do Direito civil, apoiados na ideia de culpa, passaram a ser utilizados para pautar a responsabilidade estatal.

Inicialmente, para deduzir uma responsabilidade patrimonial do Poder Público, fez-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro. Além disso, procurou-se estabelecer uma diferenciação entre atos de gestão e atos de império. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 705-706),

os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Nesse contexto, os atos de império, praticados pelo Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, restariam incólumes a qualquer julgamento e, ainda quando causassem danos aos súditos, não gerariam direito à reparação. Por outro lado, ao praticar atos de gestão, situação em que estaria em condição semelhante à do particular, o Estado poderia ter sua responsabilidade reconhecida. No entanto, nesse caso, distinguam-se as hipóteses conforme tivesse o agente público agido com culpa ou não: se houvesse culpa, existiria a obrigação de ressarcir os prejuízos causados; sem culpa, o ressarcimento não seria devido.

No entanto, as teorias civilistas, apesar de representarem uma fenda no princípio da irresponsabilidade estatal, acabaram sendo descartadas por conta do reconhecimento da impossibilidade de dividir a personalidade estatal e de enquadrar todos os atos praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços como atos de gestão.

Nesse sentido, proclama Hely Lopes Meirelles (2013, p. 732):

pela atual teoria da responsabilidade objetiva, não há mais fundamento para esta sibilina distinção. Todo ato ou omissão do agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do *jus imperii* ou do *jus gestionis*, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa.

De outra parte, a aplicação por analogia de princípios de Direito privado da relação patrão/empregado, preponente/preposto, não se coaduna com a vinculação estatutária do servidor ao órgão público.

Além disso, a própria noção de culpa, enquanto pressuposto da responsabilidade do Estado, acabou se mostrando injustificável, especialmente nos casos em que o dano era decorrente de falha da máquina administrativa, de culpa anônima da Administração. Por conta disso, passou-se a buscar embasamento para a responsabilidade estatal numa concepção de culpa publicística.

2.3 Teorias publicistas

“Na terceira e última fase de evolução do instituto, a questão desabrocha e se desenvolve no terreno próprio do direito público, pretendendo-se desvinculada de todo apoio tomado ao direito civil” (CAHALI, 2012, p. 22).

Foi a jurisprudência francesa que deu o primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade estatal conforme princípios de direito público, estabelecendo, pela primeira vez, que a responsabilidade do Estado não pode reger-se por princípios de Direito civil, uma vez que está sujeita a regras especiais, as quais variam de acordo com a necessidade do serviço e a imposição de harmonizar os direitos do Estado com os direitos privados.

“A partir daí começaram a surgir as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da **culpa do serviço**, ou da **culpa administrativa**, e teoria do **risco**, desdobrada, por alguns autores, em teoria do **risco administrativo** e teoria do **risco integral**” (DI PIETRO, 2013, p. 706-707).

A teoria da culpa do serviço, também denominada de teoria da culpa administrativa ou do acidente administrativo, tenta desvincular a responsabilidade estatal da noção de culpa do servidor. Assim, deixa de ser necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado, uma vez que passa-se a distinguir a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo responde, da culpa anônima do serviço público, caso em que o funcionário não é identificável e o serviço funciona mal, atrasado, ou simplesmente não funciona, quando deveria funcionar (omissão).

É importante ressaltar, como bem expõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1020),

que a responsabilidade por ‘falta de serviço’, falha do serviço ou culpa do serviço [...] não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo) [...].

Sem deixar de lado essa teoria, a jurisprudência francesa passou a admitir também casos de responsabilidade estritamente objetiva, ou seja, independente de qualquer falta ou culpa do serviço, responsabilidade esta baseada na teoria do risco.

Dentro da teoria do risco, a noção de culpa dá lugar ao nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o dano experimentado pelo administrado. Nesse contexto, é indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de maneira regular ou irregular.

“É chamada de teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente” (DI PIETRO, 2013, p. 707).

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 726-727), assim como José Cretella Júnior, divide a teoria do risco em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A diferença entre ambas reside, principalmente, no fato de que a primeira admite as causas excludentes da responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior), enquanto que a segunda não.

Todavia, a maior parte da doutrina não partilha dessa distinção, considerando as duas expressões como sinônimos. De qualquer modo, as divergências são apenas terminológicas, uma vez que todos parecem concordar que se trata de responsabilidade objetiva e que existem circunstâncias em que a responsabilidade do Estado é diminuída ou mesmo excluída.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1022) frisa que se deve distinguir os casos de responsabilidade objetiva baseada no risco, tais como os danos ocasionados por coisas perigosas, como explosivos, dos casos de responsabilidade sem qualquer culpa ou deficiência do serviço, porém que não se originam do risco administrativo. Esses últimos seriam situações em que um ato lícito enseja responsabilidade estatal, como nos danos causados por obras públicas não perigosas.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Evolução histórica

Segundo Cahali (2012, p. 28), “o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida no Direito brasileiro”. Ainda que não houvessem normas expressas, a jurisprudência e a doutrina sempre repudiaram a teoria da irresponsabilidade estatal.

As Constituições de 1824 e de 1891, apesar de omissas a respeito da responsabilidade do Estado, estabeleciam a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no desenvolvimento de suas funções.

Nessa época, entretanto, existiam diversas leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, a qual foi acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos seus funcionários.

Em seguida, com o Código Civil de 1916, a responsabilidade estatal tornou-se explícita, conforme pode depreender-se da análise de seu art. 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Por conta de tal dispositivo, entendeu-se que foi adotada a teoria civilista da responsabilidade subjetiva. No entanto, devido à redação imprecisa da prescrição legal, alguns autores defendiam, na sua vigência, a responsabilidade objetiva estatal.

A Constituição de 1934 estipulava a responsabilidade solidária entre os funcionários públicos e a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal por quaisquer danos resultantes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

A grande modificação legislativa concernente à responsabilidade estatal foi ocasionada pela Constituição de 1946, a qual estabelecia, em seu art. 194 e parágrafo único que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Cabe ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Na opinião de José Cretella Júnior (1980, p. 199), “percebe-se, pela análise do texto da Constituição de 1946, que a *teoria do risco integral* informa, fundamentando-o, o art. 194.

Havendo *dano e imputabilidade* à pessoa jurídica de direito público (nexo causal), a indenização é devida, o Estado paga”.

A Constituição de 1967 manteve-se na mesma linha, estabelecendo em seu art. 105 e parágrafo único (o qual foi repetido no art. 107 da Emenda Constitucional de 1969) que “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A Constituição de 1988 seguiu a mesma orientação da anterior, porém ampliando a extensão da responsabilidade do Estado, de acordo com o que dispõe seu art. 37, parágrafo 6º: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa”.

O Código Civil de 2002 não repetiu o que dispõe o art. 15 do Código de 1916. Estabelece em seu art. 43: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Conforme a visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 710), o novo Código Civil “de certa forma, está atrasado em relação à norma constitucional, tendo em vista que não faz referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”.

3.2 A responsabilidade do Estado na Constituição Federal de 1988

Como já foi afirmado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 seguiu a linha das constituições anteriores e, abandonando a teoria civilista, baseada na concepção subjetiva da culpa, manteve a responsabilidade objetiva do Estado, baseada na teoria do risco. É o que se infere da leitura de seu art. 37, parágrafo 6º, que dispõe: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No entanto, deve-se frisar que grande parte da doutrina, dentro da qual se coloca Celso Antônio Bandeira de Mello e Carlos Ari Sundfeld, vê com ressalvas essa responsabilidade objetiva do Estado, entendendo que ela se verifica apenas nos casos de

conduta comissiva estatal, ou seja, casos em que o Estado produz o evento lesivo. Nos casos em que ocorre omissão por parte dos entes públicos, a responsabilidade seria subjetiva, isto é, só se verificaria se tivesse ocorrido dolo ou culpa.

Isso porque, segundo entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1027),

se houve conduta estatal lesiva a bem jurídico garantido de terceiro, o princípio da igualdade – inerente ao Estado de Direito – é suficiente para reclamar a restauração do patrimônio jurídico do lesado. Qualquer outra indagação será despicienda, por já haver configurado situação que reclama em favor do atingido o patrocínio do princípio da isonomia.

Ou seja, nos casos em que o Estado tiver agido de forma a causar prejuízo ao particular, não importa se sua ação foi legítima ou ilegítima, se houve culpa ou não, tem o dever de indenizar. O que importa é que, segundo o princípio da igualdade, há de ser ressarcido pelo Erário.

Ao lado dos casos em que o Estado causa prejuízo aos particulares por uma ação imediata, encontram-se as situações em que o ente estatal produz a situação da qual o dano depende, ou seja, é responsável mediato pelo evento danoso, pelo risco que criou ao exercer suas atividades. Ambos os casos são similares e ensejam responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando o dano é consequência de uma omissão do Estado, este só pode ser responsabilizado no caso de culpa ou dolo, uma vez que, “se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabiliza-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabiliza-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo” (MELLO, 2013, p. 1029).

Daí infere-se que a responsabilidade do Estado por ato omissivo é sempre baseada em um comportamento ilícito.

Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos. Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante a atuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia (MELLO, 2013, p. 1030-1031).

No que diz respeito aos sujeitos passíveis de responsabilização, a Constituição Federal de 1988 ampliou o leque e incluiu, ao lado das pessoas jurídicas de direito público, as

peessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Tal medida constituiu uma grande evolução, uma vez que

não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado da responsabilidade que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado (MEIRELLES; ALEIXO; BURLE FILHO, 2013, P. 730).

No que tange ao vocábulo agente, pode-se dizer que foi utilizado de maneira adequada pela Constituição atual, uma vez que, como já foi afirmado anteriormente, abrange todas as pessoas encarregadas da execução de um serviço público, seja em caráter permanente, seja em caráter transitório.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 1026), “acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser exercidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público”. Ou seja, o que interessa saber é se a qualidade de agente público foi essencial para a conduta lesiva. Isso porque, quando a Administração Pública confia a determinada pessoa a realização de uma atividade administrativa, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos prejuízos que tal pessoa venha a ocasionar a terceiros.

3.3 Responsabilidade por atos legislativos

No que diz respeito aos atos legislativos, a regra que prevalece é a da irresponsabilidade. Muitos argumentos são utilizados para defender tal entendimento. O primeiro deles é o que afirma que o Poder Legislativo age exercendo a soberania, podendo criar, modificar, ou extinguir situações, sem qualquer limitação que não advenha da Constituição Federal.

Em segundo lugar, diz-se que o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas, as quais se dirigem a toda coletividade. Assim sendo, os ônus delas provenientes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica, ou seja, não ocorre quebra do princípio da igualdade de todos perante os ônus e encargos sociais.

Finalmente, alega-se que não faz sentido o cidadão responsabilizar o Estado por atos de parlamentares que ele mesmo elegeu.

Hely Lopes Meirelles (2013, p. 734) defende a tese da irresponsabilidade, afirmando que

só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se nos afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio povo escolhe seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.

No entanto, a situação não é tão simples como aparenta. O primeiro argumento pode ser rebatido com uma afirmação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 719), segundo a qual, “mesmo exercendo parcela da soberania, o Legislativo tem que se submeter à Constituição, de modo que acarreta responsabilidade do Estado quando edita leis inconstitucionais”. Yussef Said Cahali (2012, p. 527) partilha do mesmo entendimento: “a responsabilidade indenizatória pelos danos causados ao particular por lei inconstitucional não comporta condicionantes [...]”. Todavia, o mesmo ressalva que para que surja a obrigação de indenizar nesses casos, é preciso que a lei seja reconhecida como inconstitucional pelos tribunais competentes.

Nesse mesmo sentido, José Cretella Júnior (2000, p. 665):

a declaração de inconstitucionalidade constitui o *prius* indispensável da responsabilidade civil do Estado. Se o Judiciário não se pronuncia pela inconstitucionalidade e não anatematiza a lei conflitante com a Constituição, o preceito legal tem livre trânsito e se faz sentir em todo o meio social como se fosse perfeitamente válido.

O segundo argumento também merece ser rebatido. Isso porque, conforme lição de Di Pietro (2013, p. 719), “nem sempre a lei produz efeitos gerais e abstratos, de modo que o Estado deve responder por danos causados por leis que atinjam pessoas determinadas, mesmo que se trate de normas constitucionais”. Ou seja, no que tange às leis de efeito concreto, as quais não se enquadram nas características de abstração e generalidade inerentes aos atos normativos, tendo natureza de ato administrativo, incide a responsabilidade estatal, desde que tais leis acarretem a determinados particulares danos não suportados pelos demais administrados. Partilha desse entendimento José Cretella Júnior (2000, p. 667-668).

Finalmente, pode-se rebater o último argumento com uma assertiva de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 719), segundo a qual “a eleição do parlamentar implica delegação

para fazer leis constitucionais” apenas. Ou seja, por mais que tenha sido o cidadão lesado quem elegeu o parlamentar responsável pela edição da lei inconstitucional que o lesou, tal eleição não abrange a confecção de lei em desacordo com a Carta Magna.

3.4 Responsabilidade do Estado por atos judiciais

No que tange à responsabilidade do Estado por atos judiciais, também existem divergências doutrinárias.

A função do Poder Judiciário por excelência é a atividade jurisdicional, ou seja “a aplicação contenciosa da lei ao caso concreto” (CRETELLA JÚNIOR, 2000, p. 638). No entanto, tal Poder também exerce um elevado número de atividades não-jurisdicionais. Em ambas as situações, o ato do juiz pode vir a ocasionar danos aos administrados.

No que se refere aos atos não-jurisdicionais danosos, também chamados de atos administrativos materiais, é quase consenso que ensejam responsabilidade estatal, regulada pelo regime comum da responsabilidade do Estado. Isso porque, apesar de praticados pelo Judiciário, tais atos possuem natureza de ato administrativo.

Por outro lado, no que diz respeito à responsabilidade por ato jurisdicional danoso, as divergências se acirram. Os que não aceitam essa responsabilidade argumentam que o Poder Judiciário é soberano e que os juízes devem agir de maneira independente no exercício de suas funções, sem o temor de que suas decisões possam dar ensejo à responsabilidade estatal. Além disso, alegam que o magistrado não é funcionário público e que a indenização por prejuízo decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, uma vez que implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com transgressão da lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 723-724) discorda de tais colocações. Com relação à soberania, ela afirma que “é do Estado e significa a inexistência de outro poder acima dele; ela é una, aparecendo nítida nas relações externas com outros Estados. Os três Poderes [...] não são soberanos, porque devem obediência à Constituição”.

No que diz respeito à independência do Judiciário, ela entende que “também é inaceitável para o fim de excluir a responsabilidade do Estado, porque se trata de atributo inerente a cada um dos Poderes. O mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo e o Legislativo”.

O argumento de não ser o juiz funcionário público também não merece guarida segundo a autora. Isso porque, apesar de não ser funcionário público, ele é agente estatal e, como tal, passível de acarretar responsabilidade ao Estado.

Finalmente, o argumento mais forte é o que entende que o reconhecimento da responsabilidade estatal por ato jurisdicional resultaria em ofensa à coisa julgada. Di Pietro (2013, p. 724) rebate essa alegação, afirmando que

com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.

José Cretella Júnior (2000, p. 644) também discorda da irresponsabilidade estatal por conta do princípio da imutabilidade da coisa julgada, mas utiliza-se de outra tese para rebater a questão:

a *coisa julgada* não tem valor absoluto e, no contraste entre ela e a *ideia de justiça*, esta é que deverá prevalecer. Daí não é preciso mais que um passo no sentido de fazer substituir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional, ainda que isso implique certa restrição da amplitude do conceito de coisa julgada.

Segundo o autor, a responsabilidade estatal deve incidir tanto no caso de danos ocasionados pela atuação culposa (erro judiciário) ou dolosa do magistrado, seja no decorrer do processo ou na sentença, quanto em virtude do mau aparelhamento dos serviços judiciários.

Em que pesem os argumentos doutrinários defendendo a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, esta ainda não é bem recebida pela jurisprudência, o que é bastante lamentável. Segundo Cretella Júnior (2000, 658),

de um modo geral, a posição do Poder Judiciário, quer em primeira, quer em instância superior, é pela tese da irresponsabilidade civil do Estado, em casos de prejuízos causados por ação ou omissão do Juiz [...]. A não ser em casos expressamente declarados em lei, o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário. Mesmo em caso de decisão judicial morosa, não cabe responsabilidade civil do Estado por falta de serviço, quando a demora tem causa justificada. Em questões criminais, porém, é indiscutível o direito do condenado de ser indenizado pelo período de tempo que permaneceu preso, cumprindo pena concernente a outro indivíduo seu homônimo.

CONCLUSÃO

A responsabilidade do Estado consiste no dever que lhe incumbe de reparar economicamente os danos ocasionados a direito alheio em decorrência de suas atividades.

Essa ideia de que o Estado, enquanto pessoa jurídica que é, deve reparar os danos que ocasionar, é corolário da noção de Estado de direito. No entanto, nem sempre foi assim.

Inicialmente, na época dos Estados absolutos, vigia a teoria da irresponsabilidade estatal. Não obstante, essa teoria foi logo combatida, por se mostrar extremamente injusta, sendo superada pelas doutrinas civilistas da responsabilidade dos entes públicos, baseadas no princípio da culpa.

Tempos depois do aparecimento das teorias civilistas, desenvolveram-se as teorias publicistas da responsabilidade do Estado: teoria da culpa do serviço, ou da culpa administrativa, e teoria do risco (objetiva).

O art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), dispõe que: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadora de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de culpa ou dolo”. Tal dispositivo estabelece, de modo expresso, que o Estado não é irresponsável, devendo, imperativamente, responder pelos prejuízos provocados por sua ação ou inação.

Parte da doutrina entende que o dispositivo supracitado estabelece a responsabilidade objetiva do Estado em qualquer situação. No entanto, outros doutrinadores defendem que a responsabilidade objetiva estatal deve emergir apenas nas hipóteses de danos provocados por ação dos entes públicos, sendo que nos casos de omissão, a responsabilidade deve ser subjetiva.

De qualquer maneira, é pacífica a noção de que o Estado deve responder pelos prejuízos que causar em decorrência de suas condutas, sendo responsável sempre que agir de forma ilícita e em algumas hipóteses em que proceder de maneira lícita e ocasionar danos aos particulares.

Enquanto que a responsabilidade estatal por condutas ilícitas tem por fundamento o princípio da legalidade, a responsabilidade por atos administrativos lícitos se baseia no princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:
http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_28.11.2013/CON1988.sht. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 06 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 06 fev. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**. Coimbra: Almedina, 1974.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emanuel. **Direito administrativo Brasileiro**. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PEREIRA, Potiguara Acácio. **Manual de Metodologia da Pesquisa**. Disponível em: <http://saviad.aeduvirtual.com.br/file.php/1246/manual_Metodologia_da_Pesquisa.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e ideias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Brasília, 17 de fevereiro de 2014.